Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XIV.

Ueber die Wirkungen des Eintretens auflöſender Bedingungen.

Von A. F. J. Thibaut.

In meinen civiliſtiſchen Abhandlungen S. 366 — 378. habe ich die Meinung Derer zu vertheidigen geſucht, welche behaupten: der Eigenthümer, welcher ſeine Sache unter einer auflöſenden Bedingung veräußerte, habe ſofort nach Eintritt der Bedingung ein Vindications-Recht. Nur eine Ausnahme ließ ich für den Fall gelten, wenn die Bedingung in einer Willenshandlung des Veräußerers beſtehe, und zwar wegen L. 3. quib. mod. pign. solv, (20. 6.), welches ein offenbares Verſehen war, da jenes Geſetz nur auf den Fall geht, wenn auf Verlangen des Erwerbers die Auflöſung des Geſchäftes erfolgt, wie ſich nachher ergeben wird. Dieſen, von Manchen nachgeſchriebenen, aber auch von Andern gerügten Fehler, habe ich in den letzten Zeiten in meinen Vorleſungen immer aufrichtig angezeigt; aber im Uebrigen blieb ich bei meiner alten Anſicht.

Nicht lange nach dem Erſcheinen meiner Abhandlung behandelte Zimmern [1]) denſelben Gegenſtand, indem er in der Hauptſache meine Meinung billigte, auf den vorhin erwähnten Fehler aufmerkſam machte, aber doch eine Art von temperamentum hinzufügte, indem er das Vindications-Recht verwarf, wenn die Abſicht der Parteyen nicht darauf gegangen ſey; wogegen natürlich in thesi nichts eingewandt werden kann. Alſo kommt es dabei nur auf die Geſetze an,

1) Im Archiv für civiliſt. Praxis. 5. B. 2. Heft. Nr. 9.

in denen dieß für einzelne Fälle ausgesprochen seyn soll. Darauf wird nun die folgende Abhandlung von selbst führen.

Dagegen hat aber Riesser [2]), ebenfalls jenen Nebenfehler tadelnd, meinen Hauptsatz mit großer Ausführlichkeit und Gewandheit durchaus bestritten, und dabei behauptet, daß der veräußernde Eigenthümer nur dann ein Vindications-Recht habe, und haben könne, wenn ihm nach Eintritt der Bedingung die Sache durch Uebergabe zurückgeliefert sey.

Seit mir dieser Angriff bekannt geworden war, habe ich mich stets in meinen Vorlesungen gegen denselben öffentlich vertheidigt, und wiederholtes Nachdenken befestigte mich immer mehr in meiner früheren Haupt-Idee. Von einer schriftlichen Widerlegung hielten mich manche Zufälligkeiten ab. Indeß versprach ich am Ende des vorigen Jahres meinen Zuhörern eine gedruckte Abhandlung, und dieß gegebene Wort will ich nun im neuen Jahre erfüllen. Nach gewohnter Art werde ich mich aber kurz zu fassen suchen, und das Wesentliche nicht durch das Unwesentliche verdunkeln.

Man kann das, was Riesser gegen meine Ansicht, und für die seinige angeführt hat, auf diese drei, von ihm als entscheidend angesehenen Punkte zurückführen: allgemeine Gründe, entlehnt aus der Lehre von der Erwerbung des Eigenthums; analogische Gründe mit Rücksicht auf andre Fälle, wo die Gesetze bei der Wiederauflösung des Eigenthums keine Vindication gestatten; und endlich besondere Gründe mit Rücksicht auf die Gesetze, welche namentlich von den Wirkungen der auflösenden Bedingung reden, oder reden sollen.

Was nun

I. Jene ganz allgemeinen Gründe betrifft, so sind sie im Wesentlichen aus den bekannten Regeln entlehnt, daß nicht durch Verträge allein, sondern erst durch eine ihnen hinzukommende Uebergabe das Eigenthum erworben werde, daß

2) Dr. G. Riesser in Linde ꝛc. Zeitschrift 2. B. 1. Heft. nr. 1. 2. Heft. nr. 8.

Der, welcher eine Sache unter einer auflösenden Bedingung erwerbe, eben damit das Eigenthum erlange, daß also der Rückerwerb ein neuer, durch Uebergabe zu vollendender Erwerb sey.

Natürlich gebe ich den ersten Grundsatz zu. Allein ich behaupte, daß er von den Gegnern vielfach mißbraucht ist, und daß man hier Mancherlei zu unterscheiden hat, was nur zu oft mit einander vermengt ward. Ich unterscheide daher folgende Fälle.

1) Der Veräußerer überträgt an einen Andern das ganze Eigenthum seiner Sache, ohne sich bedingt oder unbedingt von dem Eigenthum etwas vorzubehalten, läßt sich aber doch von dem Erwerber in Betreff der Behandlung der Sache gewisse Versprechungen machen. Hier kann nun gewiß von einer Vindication im Fall der Uebertretung des Vertrages nicht die Rede seyn, weil das, woraus die Vindication hätte abgeleitet werden können (nämlich das Eigenthum), gänzlich aufgegeben war, der Vertrag mithin nur Obligationen unter den Contrahenten erzeugen kann. Daher gibt es namentlich auch dann keine Vindication gegen Dritte, wenn der Verkäufer dem Käufer die Nichtveräußerung zur Pflicht gemacht, der letzte aber seinem Versprechen zuwider gehandelt hat [3]).

2) Der Veräußerer überträgt einem Andern unbeschränkt das Eigenthum, bedingt sich aber von demselben den dereinstigen Rückerwerb, oder die Rückveräußerung, z. B. ut res reddatur. Da das Eigenthum nur durch Tradition erworben wird, der Erwerb mag nun durch ein Hingeben, oder durch ein Rückgeben zu bewirken seyn, und da man einem Contrahenten nie mehr Rechte einräumen darf, als er sich selbst bedungen hat, so kann es keinen Zweifel leiden, daß in Fällen jener Art der Veräußerer nur eine Personalklage

3) L. 3. C. de cond. ob causs. dat. (4. 6.) Lauk in Linde Zeitschr. 5. B. 1. Heft. S. 13 – 17.

auf Vollziehung der Rückveräußerung haben kann. Dieß ist auch, wie nachher gezeigt werden soll, in mehreren Gesetzen ausgesprochen, welche Riesser vergebens zur Rechtfertigung seiner Ansicht benutzt hat, aber nicht hätte benutzen sollen, weil die auflösende Bedingung etwas ganz Anderes ist, als eine bedungene Rückveräußerung.

3) Der Veräußerer bedingt sich, daß unter gewissen Umständen sein bisheriges Eigenthum wieder in Wirksamkeit treten, oder, wie man es jetzt zu nennen pflegt, wiederaufleben solle. Dieß ist nun grade bei der auflösenden Bedingung der Fall. Denn wenn ich sage: dann oder dann soll der Handel als nicht-geschlossen betrachtet werden, mithin Alles in Haupt- und Nebendingen, was dazu gehörte und daraus folgte, als nicht vorhanden gelten, so ist auch eben damit eine vollständige Wiederherstellung des alten Zustandes, also auch des Vindications-Rechtes, vorbehalten. Indeß lassen sich Bedenken darüber erregen, wie man hier dem Grundsatze ausweichen soll, daß zum Erwerbe, also auch zum Rückerwerbe des Eigenthums, in der Regel die Tradition gehört. Die Vertheidiger des, hier von selbst eintretenden Vindications-Rechtes haben bisher oft die Grundsätze der Reservation zu Hülfe gerufen. Dieß hat auch viel für sich, wenn man so sagt: reservirte Rechte hat man an sich schon, und das, was dabei Andern verliehen wird, ist nur eine Einschränkung, nach deren Endigung das alte Recht nicht im Ganzen aufs neue erworben wird, sondern nur wieder zu seiner ganzen Vollständigkeit gelangt. Den Grundsatz, daß Verträge nur unter den Contrahenten wirken, kann man nicht dagegen anführen. Denn nur das ist wahr, daß Verträge zwischen Zweien einen Dritten nicht obligiren können; aber nach den Grundsätzen der Cession bekommt der Cessionar nie mehr Rechte gegen Dritte, als ihm der Cedent überlassen hat. Auch kann man jenen Grundsatz für unsern Fall im umgekehrten Verhältniß benutzen. Denn wenn nach Eintritt der auflösenden Bedingung der Veräußerer die Sache vom

dritten Besitzer vindicirt, und dieser sich auf die Statt gehabte Veräußerung beruft, so kann der Vindicant recht gut einwenden, daß diese res inter tertios acta den Besitzer nichts angehe. Indeß können die Gegner einwenden: eine Reservation des Eigenthums- und Vindications-Rechtes kann nur gedacht werden, wenn der bisherige Eigenthümer von der Proprietät Etwas zurückbehält. Wenn er aber, wie bei der auflösenden Bedingung, das Eigenthum zunächst ganz weggibt, also gleichsam den Faden aus der Hand gelassen hat, so kann er auch nachher das Eigenthum nur durch einen neuen Erwerb wieder erlangen. Man kann aber darauf recht gut repliciren: das Eigenthum ist seiner Natur zufolge ein ewig dauerndes Recht. Wer es also einem Andern nur vorläufig bis dahin und dahin überließ, der begab sich nicht seines ganzen Eigenthums, sondern nur des Theiles desselben, welcher in einen gewissen Zeitraum fällt, und alles Uebrige verbleibt ihm, tritt also wieder in seine volle Wirksamkeit ein, sobald das einstweilige Hinderniß gehoben wird. Es ist indeß ein solches abstractes Construiren der Rechtsgründe immer insofern mißlich, als dabei leicht das dunkle Gefühl den Ausschlag gibt, oder in Zweifeln hängen bleibt, daher selbst David Hume einmal gesagt hat, er kenne eine Reihe von Fällen, in denen nach seinem Gefühl die Advocaten beider Parteien vollkommen recht gehabt hätten. Inzwischen kann hier doch der Ansicht der Partei, welche bei der auflösenden Bedingung ein eigentlich reservirtes Eigenthum annimmt, dadurch ein entscheidendes Uebergewicht gegeben werden, daß man noch einen zweiten allgemeinen Grundsatz zu Hülfe nimmt, nämlich die Regel conditio existens retrotrahitur ad initium negotii, d. h. wenn die Bedingung eintritt, und zwar die aufschiebende, so gilt das Geschäft als gleich Anfangs unbedingt geschlossen, während bei dem Eintritt der auflösenden umgekehrt das Geschäft als gar nicht geschlossen, mithin die einstweilige Veräußerung als gar nicht geschehen betrachtet wird, woraus sich denn

jenes beſtrittene Vindications-Recht ganz von ſelbſt ergibt. Freilich iſt jene, von der Mehrzahl unſrer Rechtsgelehrten immer angenommene Regel über das Zurückziehen von Einigen geleugnet, und auch noch wieder von Schweppe [4]) und Valett [5]), welche jene Regel nur als eine Eigenheit in Beziehung auf das Datiren der Pfandrechte behandeln, aber im Uebrigen als unnatürlich verwerfen, namentlich auch in Beziehung auf die Reſtitution der, von dem Beſitzer ſeit der Eingehung des Vertrags bis zum Eintritt der Bedingung gezogenen Früchte, da in Anſehung dieſer in L. 8. pr. de peric. (18. 6.) ausdrücklich geſagt werde: fructus medii temporis venditoris sunt. Allein die Geſetze verordnen jenes Zurückziehen ganz allgemein, ohne irgend darauf hinzudeuten, daß hier für das Pfandrecht eine Singularität anzunehmen ſey [6]). Eine ſolche Singularität wäre auch unbegreiflich, während ſich eine feſte, wenn auch ſubtile, und auf einer Art von Fiction beruhende durchgreifende Regel nach der gewöhnlichen Handlungsweiſe der Römiſchen Claſſiker ſehr leicht erklären läßt. Auch in Betreff der, in der Zwiſchenzeit von dem bedingt Verpflichteten gezogenen Früchte muß jenes Zurückziehen ſeine Wirkung äußern, ſofern es nicht beſondre Geſetze geben ſollte, welche ausnahmsweiſe in Anſehung ihrer von der Regel eine Ausnahme machen. Solche Geſetze haben wir aber nicht, vielmehr beſtimmte Vorſchriften für das Gegentheil. Denn was die aufſchiebende Bedingung auf die Pflicht des erſten Hingebens wirkt, das wirkt die auflöſende auf die Pflicht des Zurückgebens [7]). Nun aber iſt beſtimmt verordnet,

---

4) Röm. Privatr. 4. Ausg. 1. B. S. 258. 259.

5) Pandektenr. 1. B. S. 78. 79.

6) L. 8. pr. de peric. (18, 5.) L. 11. §. 1. qui potior. (20. 4.) L. 105. de cond. et dem. (35. 1.) L. 78. pr, de V. O. (45. 1.) L. 16. de solutt. (46. 3.).

7) Dieß glaube ich vollſtändig erwieſen zu haben in meinen civiliſt. Abhandl. S. 359 — 366.

daß nach Eintritt der auflösenden Bedingung rückwärts alle gezogenen Früchte zu berechnen sind [8]). Die L. 8. pr. cit. mit ihrem: fructus medii temporis venditoris sunt, macht hier auch keine Schwierigkeit. Denn es kann einer Person vorläufig etwas pleno jure gehören, was sie doch nachher unter gewissen Umständen wieder einbüßt [9]).

Nur Eine Beschränkung kann man in Betreff des Zurückziehens machen, aber doch nicht in der Art, als ob hier die ganze Regel wegfiele. Wenn nämlich die Auflösung des Geschäfts von der Willkühr des Erwerbers der Sache abhängig gemacht ist, und derselbe nachher von dieser Potestativ-Bedingung Gebrauch macht, so können die dinglichen Rechte, welche er vorher auf die Sache gelegt hatte, nicht durch sein Zurücktreten erlöschen. Dieß sagt auch L. 3. in fin. quib. mod. pign. solv. (20. 6.), freilich nur in Beziehung auf Pfandrechte, aber gewiß nicht ausschließlich bloß für diese. Denn es folgt ja aus der ganz ausgemachten allgemeinen Regel, daß eine Person die von ihr selbst ausgegangenen Verleihungen nicht selbst wieder anfechten darf. Also würde es keinen Zweifel leiden können, daß bei dem Eintritt einer solchen auflösenden Bedingung das, an einen Dritten veräußerte Eigenthum ebenfalls nicht wieder von selbst zum Vortheil des andern Contrahenten aufleben kann. Allein mehr läßt sich doch aus diesem Allem nicht ableiten. Im Uebrigen bleibt es also bei den Regeln über das Zurückziehen. Der Erwerber, durch dessen eigne Erklärung das Geschäft umgeworfen wird, muß also die Früchte rückwärts verrechnen, und wenn er die

---

8) L. 4. §. 3. L. 6 pr. de in diem addict. (18. 2.) L. 4. pr. §. 1. de lege commiss. (18. 3.).

9) L. 29. §, 1. qui et a quib. manumiss. (40. 9.) Die Lehre von dem Fruchterwerbe des bonae fidei possessoris, wie sie Backe bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos factat. Berolin. 1825. nach meiner Ueberzeugung am richtigsten entwickelt hat, gibt auch mehrfache Belege hiefür.

Sache vorher nicht veräußert hatte, ſo lebt mit ſeiner Erklärung das Eigenthum des andern Contrahenten von ſelbſt wieder auf.

II. Die analogiſchen Gründe, worauf ſich Rieſſer beruft, beſtehen darin, daß ja auch in andern ähnlichen Fällen dem Contrahenten, zu deſſen Vortheil die Auflöſung des Geſchäfts geſtattet ſey, nur eine actio in personam, aber keine actio in rem gegen Dritte geſtattet werde, wie z. B. bei der Anfechtung eines Geſchäfts wegen Argliſt, wegen heimlicher Mängel, oder wegen einer unmäßigen Verletzung. Dieß muß ich nun freilich zugeben, und ſogar noch mehr Aehnliches, wie z. B. daß überhaupt die geſetzlichen Reſtitutionen in der Regel kein Vindications-Recht gegen dritte unſchuldige Beſitzer ertheilen [10], daß dieß ebenfalls gilt, wenn eine Schenkung der Undankbarkeit wegen widerrufen wird [11], und daß es recht conſequent war, wenn man bisher bei Anfechtung einer Schenkung wegen Pflichtwidrigkeit, oder wegen nachgeborner Kinder dieſelben Grundſätze befolgte. Allein was läßt ſich daraus für unſre Frage ſchließen? Ich behaupte: Nichts! Denn in allen jenen Fällen iſt nur von Anfechtungsklagen die Rede, welche die Geſetze zulaſſen. Hier iſt freilich die Verweigerung einer Vindication gegen dritte unſchuldige Beſitzer das Natürlichſte auf der Welt, theils wegen der billigen allgemeinen Regel: in dubio res redigenda est ad minimum, theils weil das Römiſche Recht nie den Vindicationen geneigt war, und um ſo mehr abgeneigt ſeyn und bleiben mußte, da es durch Nichts für Publicität der dinglichen Rechte geſorgt hat, und inſofern die Vindicationen deſſelben einer, unter dem Graſe ſchleichenden Schlange gleichen. Allein hunderttauſend Dinge, worauf man an ſich nach den Geſetzen kein

10) Genauer hat zuletzt über dieſen Punkt gehandelt Burchardi von der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand. S. 416 – 420. 552 – 566.

11) L. 7. C. de revocand. donatt. (8. 56.)

Recht hat, kann man sich durch Verträge vorbehalten, und da haben denn die sogenannten Vigilantes vielerlei Ansprüche, welche den Nonvigilantibus nicht gestattet sind. Nun aber geht ja unsre Frage bloß darauf: welche Rechte hat der Veräußerer, wenn von seiner Seite unbeschränkt bedungen ist, daß nach Eintritt eines gewissen Thatumstandes die Veräußerung als nicht geschehen betrachtet werden solle?

III. Wie es indeß leicht der Fall seyn kann, daß Ableitungen aus allgemeinen Grundsätzen in einzelnen Fällen gesetzlichen Anomalien weichen müssen, so wäre es auch für unsern Fall denkbar, daß besondre Gesetze dem Rückerwerber an sich ein Vindications-Recht absprächen. Ich habe stets behauptet, daß dieß nicht der Fall ist, daß vielmehr bestimmte Gesetze sich ganz für dasjenige erklärt haben, was mir das Richtige scheint, und daß kein besondres Gesetz dawider ist. Ganz das Umgekehrte behauptet aber Riesser, wogegen ich nun Folgendes bemerken muß, indem ich zur Bequemlichkeit der Leser, welche diese Abhandlung mit der meines Gegners vergleichen wollen, die Ordnung, welche der Letzte gewählt hat, im Ganzen beibehalten will.

1) Zuerst beruft sich Riesser auf Javolens Ausspruch in L. 19. de usurp. (41. 3.):

> Si hominem emisti, ut, si aliqua conditio extitisset, inemptus fieret, et is tibi traditus est, et postea conditio emtionem resolvit, tempus, quo apud emtorem fuit accedere venditori debere existimo, quoniam eo genere retroacta venditio esset redhibitioni similis, in qua non dubito tempus ejus, qui redhibuerit, venditori accessurum, quoniam ea venditio proprie dici non potest.

Daraus schließt nun Riesser: wenn man nach eingetretener Bedingung das Vindications-Recht angenommen hätte, so sey es leicht gewesen, die accessio possessionis aus dem viel stärkeren Grunde abzuleiten, daß das Eigenthum als

nie verloren betrachtet werden müſſe, während Javolenus bloß den Umweg zu der viel ſchwächeren Analogie der actio redhibitoria mache. Auch laſſe ſich nicht wohl denken, wie der Juriſt ſo unbedingt ſagen konnte: quoniam eo genere retroacta venditio esset redhibitioni similis, wenn zwiſchen beiden ein ſo mächtiger, ihr innerſtes Weſen berührender Unterſchied Statt gefunden habe.

Dagegen glaube ich aber mit gutem Grunde dieß erinnern zu können: Die Römiſchen Claſſiker waren nicht gewohnt, nach der herkömmlichen Art vieler unſrer, für Geld ſchreibenden Praktiker, ſtets ſo gleichſam mit einem eleganten praeterea allerlei Dinge einzumiſchen, welche nicht zur Sache gehören. Wenn alſo für die, in L. 19. cit. berührte Frage nichts darauf ankam, ob bei der Wirklichwerdung einer auflöſenden Bedingung in Betreff des Rückfalls des Eigenthums die Sache ſich auf dieſelbe Weiſe verhalte, wie bei der actio redhibitoria, ſo konnte und mußte der Reſpondent dieſen Punkt unberührt laſſen, auch wenn deſſen Erörterung zu den mächtigſten Verſchiedenheiten geführt hätte. Die accessio possessionis kann aber nicht von der, bloß petitoriſchen Frage abhängen, ob mit der Erfüllung der Bedingung das vorige Eigenthum von ſelbſt wieder auflebt. Denn der Beſitz iſt nun einmal nichts als ein bloßes Factum, einzig und allein ausgeübt durch Denjenigen, welcher es ausübte, und durchaus verſchwunden (wie die vergangene Zeit), wenn es aufhört, und nun ein neuer Beſitzer eintritt. Wenn alſo die Geſetze doch da und dort, namentlich bei einer, durch den Willen des Veräußerers und Erwerbers bewirkten Eigenthumsübertragung die ſogenannte accessio possessionis geſtatten, ſo iſt dieß nur eine beſondere Billigkeit, welche die Nachfolge im Eigenthum an ſich nicht mit ſich führen würde [12].

---

12) L. 14. pr. de divers. temporal. praescript. (44. 3.) Scaevola de accessionibus possessionum nihil in perpetuum, neque generaliter definire possumus; *consistunt enim in sola aequitate*

Man kann alſo eine Statt findende accessio possessionis bloß deswegen auch nicht annehmen, weil ein verlorenes Eigenthum reſtituirt wird. Am beſten beweiſt dieß L. 19. ex quib. causs. major. (4. 6), wo Papinianus ſagt:

> Si emtor, priusquam per usum sibi acquireret, ab hostibus captus sit, placet interruptam possessionem postliminio non restitui, quia haec sine possessione non consistit, possessio autem plurimum facti habet, caussa vero facti non continetur postliminio.

Wenn alſo auch nach eingetretener auflöſender Bedingung der ganze alte Rechtszuſtand wiederhergeſtellt wird, ſo bleibt dennoch immer die andre, ganz ſelbſtſtändige Frage, ob dem Rückerwerber auch die Wohlthat der accessio possessionis zu Statten komme? Wie nun die Römiſchen Juriſten am liebſten immer von dem Beſtehenden analogiſch weiter zu ſchließen pflegen, ſo benutzt Javolenus zur Bejahung der Frage die ausgemachten Grundſätze der actio redhibitoria, wobei die accessio possessionis angenommen war, und ſehr leicht hatte angenommen werden können, da das ädilitiſche Edict ſich über die unbedingte Reſtitution der Hauptſache und aller Nebendinge ſo nachdrücklich ausgeſprochen hatte [13]). Wäre mir jene Frage vorgelegt, ſo würde ich mich für die Bejahung derſelben ganz auf dem graden Wege ſo ausgeſprochen haben: man hat ja ſchon den allgemeinen Satz angenommen, daß bei allen vertragsmäßigen Eigenthumsübertragungen die accessio possessionis Statt findet. Wer aber vermöge einer verabredeten auflöſenden Bedingung zurückerwirbt, der erwirbt durch Vertrag, alſo kann hier die accessio possessionis gar keinen Zweifel leiden, während die Analogie der actio redhibitoria höchſt bedenklich iſt, da ſonſt, wie geſagt, aus einer bloßen restitutio in integrum die accessio possessionis noch nicht folgt.

---

13) L. 1. §. 1. de aedit. edict. (21. 1.)

2) In L. 15. condict. c. d. c. n. 5. (12. 4.) erwähnt und entſcheidet Pomponius folgenden Fall:

> Quum servus tuus in suspicionem furti Attio venisset, dedisti eum in quaestionem, sub ea caussa, ut si repertum in eo non esset, redderetur tibi. Is eum tradidit praefecto vigilum [14]), quasi in facinore deprehensum. Praefectus vigilum eum summo supplicio affecit. Ages cum Attio dare eum tibi oportere, quia et ante mortem dare tibi eum oportuerit. Labeo ait, posse etiam ad exhibendum agi, quoniam fecerit, quo minus exhiberet. Sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses ejus hominem, quo casu ad exhibendum te agere non posse.

Dieſe Aeußerungen hat nun Rieſſer durch die einfache Bemerkung für ſich benutzt: Pomponius geſtatte zufolge des dare oportere nur eine Condiction nach Eintritt der Bedingung, und damit ſey von ſelbſt das vindicare ausgeſchloſſen. Das Letzte muß freilich zugegeben werden [15]). Allein das Uebrige muß ich leugnen. Denn dare heißt ja grade ſoviel als Uebertragung des Eigenthums durch Uebergabe, mithin auch reddere eben ſoviel als eine Rückveräußerung durch wirkliches Zurückgeben, wenigſtens auf allen Fall dann, wie Pomponius gut erinnert, wenn bei dem erſten Hingeben der Empfänger zum Eigenthümer gemacht ward. Jenes Fragment redet alſo gar nicht von der auflöſenden Bedingung, durch deren Eintritt das erſte dare mit allen ſeinen Folgen verſchwindet, ſondern von dem gänzlich verſchiedenen Fall einer verabredeten, bloß perſönlichen Verbindlichkeit, welche erſt durch traditio nach den gewöhnlichen Regeln für die, zum Rückerwerb berechtigte Perſon ein Eigenthum erzeugen kann.

---

14) Ueber dem Praefectus Vigilum iſt hier bekanntlich viel Streit. Zum Glück kommt für unſre Frage nichts darauf an.

15) Schon allein wegen §. 14. 15. J. de act. (4. 6.)

Ganz Daſſelbe muß ich, aus völlig gleichen Gründen, über L. 2. pr. de condictione indeb. (12. 6.) ausſprechen, wo Ulpianus dieſe Bemerkung macht:

> Si quis sic solverit, ut, si apparuisset, esse indebitum, vel Falcidia emerserit, reddatur, repetitio locum habet,

und wo alſo auch nicht, wie Rieſſer vorausſetzt, von einer conditio resolutiva die Rede iſt, obgleich ich ihm gern zugebe, daß das Fragment nur von einer condictio verſtanden werden kann, weil es unbeſtimmt unter einem Titel de condictione vorkommt, und weil im Zweifel jedes Fragment der Pandekten und des Coder nach ſeiner Titel-Rubrik zu verſtehen iſt.

3) In Betreff der vor der Ehe dem Bräutigam beſtellten Brautgabe unterſcheidet Ulpianus in L. 7. §. 3. de jure dotium (23. 3.) ſo:

> Si quidem sic dedit mulier, ut statim ejus fiant, efficiuntur. Enim vero si hoc conditione dedit, ut tunc efficiantur, quum nupserit, sine dubio dicemus, tunc ejus fieri, quum nuptiae fuerint secutae. Proinde si forte nuptiae non sequantur nuncio remisso: si quidem sic dedit mulier, ut statim viri res fiant, *condicere* eus debet nuncio remissio etc.

Mein Gegner hat nun dieſes *condicere* natürlich ganz für ſeine Anſicht benutzt, aber hier ganz ohne Grund. Denn das Fragment redet gar nicht von einem bedungenen Rückfall, ſondern bloß von den condictio ob caussam datorum, welche die Geſetze der Billigkeit wegen geben, wenn die verſprochene Gegenleiſtung unterbleibt. Die von den Geſetzen zugelaſſenen Rückforderungsklagen ſind aber etwas ganz Anderes, als die aus einer verabredeten, das Geſchäft ganz auflöſenden Bedingung, wie ſchon oben unter II. gezeigt ward.

4) Auf gleiche Art hat Rieſſer folgenden Ausſpruch des Paulus in L. 9. pr. de condict. causs. data (12. 4.) für ſich benutzt:

> Si ego contraxi cum sponso, et pecuniam in hoc dedi, ut, si nuptiae secutae essent, mulieri dos acquireretur, si non essent secutae, mihi *redderentur*, quasi ob rem datur (Haloander: datum), et re non secuta, ego a sponso *condicam*.

Allein mit Rückſicht auf das Obige muß ich bemerken, daß hier wieder nicht von einer eigentlichen auflöſenden Bedingung die Rede iſt, ſondern von dem bedungenen Rechte, das reddere zu verlangen, alſo den Rückerwerb durch Tradition, daher hier auch der Juriſt mit Recht die Rückforderungsklage der condictio c. d. c. n. s. gleichſtellt.

4) Die Geſetze, ſagt Rieſſer, geſtatten dem Verkäufer, welcher das pactum de retrovendendo geſchloſſen hatte, überall nur eine perſönliche Klage auf Rückgabe, wie es auch unſre Rechtslehrer immer thaten. Nun aber kann jenes pactum auch sub conditione resolutiva mit einem res sit inemta geſchloſſen werden, wie ſich aus dieſem Reſcripte Diocletian's und Maximian's in L. 7. C. de pact. int. emt. (4. 54.) klar ergibt:

> Si a te comparavit is, cujus meministi, et convenit, ut si intra certum tempus soluta fuerit data quantitas, *sit res inemta*, remitti hanc conventionem rescripto non jure petis [16]). Sed si se subtrahat, ut *jure dominii*

16) Statt *petis* will hier Rieſſer gegen alle Handſchriften *petit* ſetzen, und dann darin eine Andeutung auf ungebührliche Bitten des Käufers finden. Allein das Reſcript ſcheint doch an ſich weit natürlicher darauf zu deuten, daß der Verkäufer zwar nicht Dieß, ſondern nur Jenes fordern könne. Bezieht man das remitti auf das vorhergehende certum tempus, und ſieht man, daß der Käufer durch Ausweichungen über den geſetzten Termin hinauszukommen geſucht hatte, ſo ſcheint es weit natürlicher, wenn man

eandem rem retineat: denunciationis et obsignationis depositionisque remedio contra fraudem potes juri tuo consulere.

Dabei bemerkt Rieſſer noch: aus den Worten: jure dominii gehe klar hervor, daß hier das Eigenthum bei dem Käufer bleibe, und daß der Veräußerer nur perſönliche Klagen gegen ihn habe. Auch ſeyen ja offenbar die Ausdrücke ut res inemta sit, ut reddatur, ut restituatur ganz gleichbedeutend.

Meiner Seits kann ich nun dieſen Behauptungen durchaus nicht beipflichten. Das pactum de retrovendendo iſt nämlich der Vertrag, wodurch der Rückverkauf verabredet wird. Wie nun bei dem Kauf erſt durch Tradition das Eigenthum übertragen wird, ſo kann dieß auch nur bei dem Rückverkauf angenommen werden. Die L. 7. C. cit. redet aber gar nicht von dem pacto de retrovendendo!, ſondern von einem, der lex commissoria gleichen Vertrage, welcher im Fall der erfolgenden Rückzahlung des empfangenen Preiſes nicht die Pflicht zur Eingehung eines zweiten Geſchäftes, ſondern nur die Vernichtung des erſten zur Folge haben ſoll. Daher iſt auch der Käufer, wenn es zum verabredeten Rückverkauf kommt, keineswegs verpflichtet, die vorher gezogenen Früchte zu reſtituiren [17]), während, wie oben erinnert ward, den Eintritt der auflöſenden Bedingung auch in dieſer Hinſicht bis auf die Zeit des erſten Geſchäftes zurückwirkt. Die Worte jenes Reſcriptes: jure dominii, kann ich aber nach Regeln des argumenti a contrario ganz für mich

---

mit manchen Gloſſatoren ſagt: der Supplicant hatte ſich eine Erweiterung des Termins erbeten. Darauf antworteten die Kaiſer mit Recht: wir können hier nichts gegen den Vertrag thun, aber hilf dir nach den bekannten Grundſätzen über mora accipiendi. — Für unſre Frage iſt auf allen Fall, wie auch Rieſſer zugibt, dieſer Nebenpunkt unbedeutend.

17) L. 2. in f. C. de pact. int. emt. (4. 54.)

benutzen. Denn da nicht noch nebenbei von einer erforderlichen Tradition die Rede iſt, ſondern da Alles auf die Zahlung, oder die, ihr gleiche Depoſition geſtellt wird: ſo iſt eben damit, wenn man nicht willführlich ein anderes Erforderniß ſubintelligiren will, wörtlich geſagt, daß der Verkäufer durch Empfang, oder Deponirung des Kaufgeldes, alſo durch Erfüllung der Bedingung, gradezu das Eigenthum verliere.

Am wenigſten kann ich es aber billigen, wenn mir eingewandt iſt, das: inemtus sit und das: reddatur ꝛc. ſey offenbar einerlei. Freilich ließe ſich ſo Etwas wohl mit Rückſicht auf unſern Zuſtand ſagen, indem man bei uns das: in verbis simus faciles ſo weit zu treiben pflegt, daß nur ein kleiner Theil der Juriſten und Nicht-Juriſten ſich bei rechtlichen Geſchäften auch nur entfernt bemühet, das rechte Wort ſprachrichtig zu wählen. Allein die Römiſchen Claſſiker verfuhren notoriſch grade auf umgekehrte Weiſe, wie Jeder zugeſtehen muß, welcher nur an die Menge von Unterſchieden der 4 Arten der Legate denkt, worauf man bloß durch ſtrenge grammatiſche Auslegung der 4 Formeln kam, und wobei grade dem Wort dare ſo außerordentlich viel Gewicht beigelegt ward.

Zur ferneren Vertheidigung ſeiner Anſicht bemerkt Rieſſer: Wenn einem Vertrage das pactum displicentiae beigefügt ſey, und davon Gebrauch gemacht werde, ſo gebe es hier gewiß keine Vindication und Erlöſchung der inzwiſchen vom Erwerber aufgelegten Rechte, wie dieß in L. 3. quib. mod. pign. solv. (20. 6.) klar geſagt ſey durch die Worte: quamquam ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet. Nun aber fänden ſich in den Geſetzen für jenes pactum ganz verſchiedene Formeln, nämlich ut res inemta sit in

L. 3. de contr. emt. (18. 1.) (Ulpianus)

Si res ita distracta sit, ut si displicuisset inemta esset. —

L. 2. §. 5. pro emt. (41. 4.) (Paulus)

Sed et illa emtio pura est, ubi convenerit, ut, si displicuerit intra diem certum, inemta sit.

L. 4. pr. C. de aedilit. (4. 58.)

Si praedium quis sub ea lege comparavit, ut, si displicuerit, inemtum sit, id, utpote sub conditione venditum, resolvi, et redhibitoriam actionem adversus venditorem competere, palam est.

Dagegen ut res redderetur in

L. 6. de resc. vendit. (18. 5.) (Paulus)

Si convenit, ut res, quae venit, si intra certum diem displicuisset, redderetur, ex emto actio est, ut Sabinus putat, aut proximo emti in factum datur.

und ut redhibeatur nach Ulpianus in

L. 31. §. 22. de aedil. edict. (21. 1.)

Siquid ita venierit, ut, si placuerit, intra certum tempus redhibeatur, ea conventio rata habetur.

Dennoch aber ſey hier überall nur von der Zuläſſigkeit einer perſönlichen Klage die Rede.

Gegen dieß Alles kann man aber mit gutem Grunde Folgendes einwenden:

Die L. 3. quib. mod. pign. solv. gehört inſofern gar nicht hieher, als ſie nur eine Ausnahme enthält, welche nach dem Obigen ganz natürlich iſt, und bloß dahin geht, daß der Erwerber der Sache durch ſein Zurücktreten die, von ihm ſelbſt aufgelegten dinglichen Rechte nicht wieder vernichten kann. Eben ſo kann aus der, in L. 4. pr. C. cit. bloß geſtatteten Perſonal-Klage Nichts gefolgert werden. Denn es iſt hier ja nur von der Klage die Rede, welche der Käufer auf Rückgabe hat, und dieß kann keine Vindication ſeyn, weil er nicht das Eigenthum verfolgen, ſondern deſſelben entledigt ſeyn will. Im Uebrigen aber frage ich: warum ſoll das Reurecht nicht auf verſchiedene Art vorbehalten werden können; und wenn es von dem Einen auf

dieſe, von dem Andern auf jene Art vorbehalten iſt, darf man dann ſagen: hier iſt Alles gleich; oder muß es nicht vielmehr heißen: Jeder kann mehr und minder fordern, je nachdem er ſich mehr und minder vorbehalten hat? Wollte man das Letzte nicht annehmen, ſo würde man am Ende auch ſagen müſſen: conditio suspensiva und resolutiva iſt in ihren Wirkungen gleich, weil beide Arten in den Geſetzen promiscue bei demſelben Geſchäfte vorkommen. Wenn alſo bei dem vorbehaltenen Reurechte mit einer auflöſenden Bedingung durch das: inemtus sit die gänzliche Vernichtung des Handels verabredet iſt, ſo ſehe ich keinen Grund ein, warum nicht auch hier die gewöhnlichen Wirkungen der auflöſenden Bedingung eintreten ſollten. Lautet dagegen (wie in den Fällen der L. 6. und L. 31. §. 22. cit.) die Vertragsformel bloß auf eigentliche Obligationen, ſo kann eben deswegen keine actio in rem angenommen werden.

6) In Beziehung auf die, unter einer auflöſenden Bedingung geſchloſſene lex commissoria haben ſich die Anhänger der, von mir vertheidigten Theorie bisher mit Recht, und auf allen Fall nicht gradezu mit Unrecht, auf folgende drei Geſetze berufen:

L. 8. de lege commissor. (18. 3.) (Scävola)

Mulier fundos Gaio Seio vendidit, et acceptis arrae nomine certis pecuniis, statuta sunt tempora solutioni reliquae pecuniae, quibus, si non paruisset emtor, pactus est, ut arram perderet, et inemtae villae essent. Die statuto emtor testatus est, se pecuniam omnem reliquam, paratum fuisse exsolvere, et saccum cum pecunia signatorum signis obsignavit (wohl beſſer mit Haloander: oblignasse), defuisse autem venditricem; posteriori autem die nomine fisci testato conventum emtorem, ne ante mulieri pecuniam exsolveret, quam fisco satisfaceret: quaesitum est, an fundi non sint in ea caussa, *ut vindicari* debeant ex conventione

venditoris? Respondit: secundum ea, quae proponerentur, non commisisse in legem venditionis emtorem.

L. 4. C. de pact. inter emt. (4. 54.)
Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui, post praestitutum pretii solvendi diem, non *vindicationem* rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.

L. 1. C. eod.
Si ea lege praedium vendidisti, ut, nisi intra certum tempus pretium fuisset exsolutum, emtrix arras perderet, et *dominium* ad te pertineret, fides contractus servanda est.

Indeß ſucht Rieſſer dieſe Geſetze durch folgende Bemerkungen aus dem Wege zu räumen: in dem Fall des erſten Fragments habe ſich der Anfragende vorgeſtellt, daß der Vertrag nur als sub conditione suspensiva geſchloſſen anzuſehen ſey, und wenn dieß auch zu Ulpian's Anſicht, daß im Zweifel für die resolutiva die Vermuthung ſtreite, nicht gepaßt habe, ſo ſey doch dem Juriſten hier keine Veranlaſſung gegeben, den Nebenirrthum zu rügen. Ganz daſſelbe gelte von dem zweiten Geſetz. Das dritte Geſetz ſey aber eher gegen, als für ein Vindicationsrecht. Die Worte: dominium ad te pertineret hätten die Parteien auch in Beziehung auf eine bloß perſönliche Klage gebrauchen können, und das: fides contractus servanda est gehe grade nur auf eine ſolche Klage, und könne hier nur darauf gehen. Denn gebe man dem Verkäufer eo ipso eine Vindication, ſo löſe ſich der Vertrag auf, und bei der Vindication ſey von Erfüllung des Vertrages nicht weiter die Rede.

Offenbar iſt dieß Alles nur ſo eine Art von Herumdrehen, um vorgefaßte Ideen zu retten, während hier Alles aufs Genaueſte paßt, wenn man das Vindicationsrecht annimmt. Das zweite Geſetz iſt auch beſtimmt gegen Rieſſers Vorausſetzungen. Denn der Verkäufer hatte ja nach dem Verfall-

tage den Rückstand eingeklagt, und nicht vindicirt, und dennoch sagt das Gesetz, er habe die Vindication anstellen können, aber nur durch Wahl verloren. Das dritte Gesetz spricht sich zwar für die Vindication nicht mit voller Schärfe aus, ist aber doch mehr dafür, als dawider. Denn wenn das Eigenthum nicht eo ipso durch Eintritt der auflösenden Bedingung zurückfällt, so kann man nicht sagen: dann soll die Sache wieder Dein seyn, sondern es muß heißen: dann will ich Dir das Eigenthum der Sache wiedergeben. Das fides contractus servanda est enthält aber nichts, was auf eine Art der Klage deutet, und konnte es nicht enthalten. Denn es geht ja theils auf die von der Käuferin gezahlten und verwirkten arras, in Ansehung deren nichts mehr einzuklagen war, und dann auch auf das herauszugebende Hauptobject. Ward dieß nun auch durch die rei vindicatio gefordert, so ließ sich ja dabei ebenfalls von Contracts-Pflichten reden. Denn wenn der Käufer, welcher hier den commissorischen Nebenvertrag als nicht vorhanden betrachten wollte, der rei vindicatio die exceptio rei venditae et traditae entgegensetzte, so war es für den Vindicanten vortrefflich, daß er replicirend auf das pactum commissorium verweisen konnte, und that er dieß, so konnte mit Fug und Recht gesagt werden: fides contractus servanda est.

7) In L. 3. C. de pact. int. emt. (4. 54.) heißt es so:

> Qui ea lege praedium vendidit, ut, nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se *reverteretur*: si non precariam possessionem tradidit, *rei vindicationem non habet*, sed actionem ex vendito.

Begreiflicher Weise hat Riesser dieß Gesetz ganz zu seinem Vortheil benutzt. Da aber in der gleich folgenden, schon vorhin angezogenen L. 4. C. eod. in Beziehung auf die lex commissoria eine vindicatio gestattet wird, so habe ich in meiner früheren Abhandlung, indem ich die L. 3. cit. auch auf ein pactum commissorium bezog, dadurch zu helfen gesucht,

daß ich dieß Geſetz als unbeſtimmtes Reſcript nahm, und ſo auf Fälle anwandte, wo es wahr ſeyn kann. Zimmern und Rieſſer laſſen dieſer meiner Erklärung einige Ehre wiederfahren, doch meint der erſte, es laſſe ſich eine beſſere denken; und darin muß ich ihm jetzt beipflichten. Im Tit. C. de pact. int. emt. (4. 54.) iſt nämlich nicht allein von der lex commissoria, ſondern auch von andern Nebenverträgen die Rede. Nun aber ſpricht die L. 3. cit. gar nicht von dem Fall der L. 4. eod., nämlich von einer verabredeten Verwirkung, ſondern von dem bedungenen: ut ad se reverteretur, wo alſo das Geſchehene nicht als ungeſchehen behandelt, ſondern dem Früheren etwas Neues ſubſtituirt werden ſollte, und da konnte ohne ein Rück-Tradiren keine Vindication entſtehen. Freilich muß ich hier wieder auf den Vorwurf gefaßt ſeyn, daß ich zu unnatürlichen Silbenſtechereien komme. Allein ich muß dagegen abermals erwiedern: die Römiſchen Juriſten waren nun einmal den ſtrengſten wörtlichen Auslegungen mit Hartnäckigkeit ergeben, und ſelbſt die beiden großen Claſſiker, welche wohl die mehrſte muthwillige Genialität hatten, ſtehen dabei faſt an der Spitze, nämlich Labeo und Paulus.

8) In Beziehung auf die lex commissoria wird in folgenden Geſetzen bloß von der actio venditi, alſo einer bloßen Perſonal-Klage geſprochen:

L. 4. pr. de lege commiss. (18. 3.) (Ulpianus).

Si fundus lege commissoria venierit, hoc est, ut nisi intra certum tempus pretium sit exsolutum, inemtus fieret, videamus, quemadmodum venditor agat tam de fundo, quam de his, quae ex fundo percepta sint, itemque si deterior fundus effectus sit facto emtoris? Et quidem finita est emtio? Sed jam decisa quaestio est, ex vendito actionem competere, ut rescriptis Imperatoris Antonini et Divi Severi declaratur.

L. 5. eod. (Neratius).

Lege fundo vendito dicta, ut si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inemta sit, de fructibus, quos interim emtor percepisset, hoc agi intelligendum est, ut emtor interim eos sibi suo quoque jure perciperit; sed si fundus revenisset, Aristo existimabat, venditori de his judicium in emtorem dandum esse, quia nihil penes eum residere oporteret ex re, in qua fidem fefellisset.

L. 6. §. 1. de contr. emt. (18. 1.) (Pomponius).

Si fundus annua, bima, trima die ea lege venisset, ut, si in diem statutum pecunia soluta non esset, fundus inemtus foret, ita, ut si interim fundum coluerit, fructusque ex eo perceperit, inemto eo facto restituerentur, et ut quanti minoris postea alii venisset, ut id emtor venditori praestaret: ad diem pecunia non soluta, placet venditori ex vendito eo nomine actionem esse, nec conturbari debemus, quod inemto fundo facto dicatur actionem ex vendito futuram esse. In emtis enim et venditis potius id, quod actum, quam id quod dictum sit, sequendum est; et quum lege id dictum sit, apparet, hoc duntaxat actum esse, ne venditor emtori, pecunia ad diem non soluta, obligatus esset, non ut omnis obligatio emti et venditi utrique (al. utrinque) solveretur.

In Beziehung auf die addictio in diem, wobei die herkömmliche Formel auch auf ein: inemtus sit gerichtet war [18], haben wir zwei ähnliche Fragmente, nämlich:

---

18) L. 1. de in diem addict. (18. 2): In diem addictio ita fit: ille fundus centum esto tibi emtus, nisi siquis intra Kalendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res a domino abeat.

L. 4. §. 4. de in diem addict. (18. 2.) (Ulpianus).
Idem Julianus — scripsit: eum, qui emit fundum in diem, interdicto quod vi aut clam uti posse. Nam hoc interdictum ei competit, cujus interest, opus non esse factum. Fundo autem, inquit, in diem addicto, et commodum et incommodum omne ad emtorem pertinet, antequam venditio transferatur; et ideo si quid tunc vi aut clam factum est, quamvis melior conditio alluta fuerit, ipse utile interdictum habebit; sed eam actionem, sicut fructus, inquit, quos percepit, venditi judicio praestaturum.

L. 16. eod. (Ulpianus).
Imp. Severus rescripsit: sicut fructus in diem addictae domus, quum melior conditio fuerit allata, venditori restitui necesse est, ita rursus, quae prior emtor medio tempore necessario probaverit erogata, de reditu retineri, vel, si non sufficiat, solvi aequum est. Et credo, sensisse principem de emti venditi actione.

Alle dieſe Stellen bezieht nun Rieſſer auf den Fall einer wirklichen conditio resolutiva, und nimmt ſie dann ſo, als ob darin nur die actio die actio emti venditi geſtattet, alſo die rei vindicatio verworfen ſey, während Zimmern dabei nur alle Fälle denkt, wo die Parteien kein ipso jure eintretendes Nichtigwerden, ſondern nur ein nachher zu bewirkendes Auflöſen verabredet hatten, wobei er denn natürlich, um zum Ziel zu kommen, Mancherlei in die obigen Geſetze hineindenken muß.

Was nun Rieſſers Anſicht betrifft, ſo iſt dagegen zuvörderſt einzuwenden, daß kein einziges jener Geſetze ſagt, der Verkäufer habe nur die actio ex vendito, und überhaupt keine rei vindicatio, ſoweit dieſe hier denkbar ſeyn möchte. Man kann mithin ſagen: unius positio alterius exclusio. Haben wir ja auch den Fall, daß zehn und zwanzig Mal in den Geſetzen ohne Zuſatz geſagt iſt, der Gezwungene habe

die actio quod metus causa, und doch iſt in andern Geſetzen bemerkt, er könne ſich auch einer actio in rem bedienen [19]). Nach Rieſſers Vorausſetzung wäre hier auch ein Zweifeln darüber, ob die Contractsklage zuläſſig ſey, kaum denkbar geweſen. Denn wird durch Eintritt der auflöſenden Bedingung der Vertrag nicht rückwärts vernichtet, und gehört hier vermöge des Vertrages zum Rückfall des Eigenthums ein Rückgeben, ſo kann ja das Letzte augenſcheinlich eben deswegen durch eine Contractsklage gefordert werden, und wer auch dieſe nicht zulaſſen will, der muß von vertragsmäßigen Verbindlichkeiten als ſolchen keinen Begriff haben. Setzt man dagegen voraus, daß die Römer den Grundſatz hatten, die eingetretene auflöſende Bedingung vernichte rückwärts Alles, was durch den früheren Vertrag begründet war, ſo konnte leicht die Idee entſtehen, daß man aus einem, durch juriſtiſche Fiction ganz entfernten Vertrage nicht weiter die Vertragsklage anſtellen könne, und daß ſich demnach der Verkäufer mit der rei vindicatio begnügen müſſe. Dieſe Idee würde aber zu den widernatürlichſten Reſultaten geführt haben. Wollte man hier nämlich den Beklagten als malae fidei possessor behandeln, ſo müßte er auch fructus percipiendos reſtituiren, und könnte für ſeine nützlichen Auslagen nichts fordern [20]). Dieß wäre aber zu hart. Denn er be-

---

19) L. 9. §. 4. 6. quod met. causs. (4. 2.)

20) Man hat dieß wenigſtens bisher immer angenommen, und zwar, wie ich glaube, mit Recht, wegen L. 7. §. 12. de A. R. D. (41. 1.) L. 5. C. de R. V. (3. 32.) L. 5. C. de aedific. priv. (8. 10.). A. M. iſt freilich jetzt W. Sell Verſuche. Gieß. 1833. 1. Thl. S. 58 — 62., beſonders wegen L. 38. de pet. hered. (5.), wo aber von der, vielfach eigenthümlichen hereditatis petitio die Rede iſt; ferner wegen L. 6. §. 3. de negot. gest. (5. 3.), welche aber nur vom negotiorum gestor redet, und endlich wegen L. 1. C. de infant. expos. (8. 52.). Allein ich kann in dieſem Geſetz nur eine kleine Anomalie finden, welche ich nicht zur Regel machen möchte gegen die klare Vorſchrift in L. 5. C. cit.

saß doch bis zum Eintritt der Bedingung suo jure, und wenn man auch wohl in Beziehung auf die lex commissoria mit der L. 5. cit. von einem: fidem fefellit reden kann, so paßt dieß doch nicht auf den Zustand vor dem Verzuge, und am wenigsten auf alle auflösenden Bedingungen, da viele derselben auch ohne Schuld des Käufers eintreten können, wie z. B. bei dem pacto addictionis in diem und displicentiae. Wollte man hier aber den Käufer als bonae fidei possessor behandeln, so entstänben daraus auch für beide Theile widernatürliche Nachtheile und Vortheile. Der Vindicant könnte nämlich nicht wegen der, vor der Klage vom Beklagten begangenen Versehen klagen, hätte keine accessio possessionis, und könnte wegen der consumirten Früchte nichts verlangen; während umgekehrt der Beklagte den Nachtheil hätte, daß ihm nach Herausgabe der Sache wegen seiner guten Verwendungen eine Klage abgesprochen werden müßte [21]). Dieß Alles wäre aber verkehrt. Denn auch da, wo eine auflösende Bedingung vorhanden ist, hat der Empfänger bis zum Eintritt der Verbindung vertragsmäßige Rechte und Pflichten, welche als solche nur nach dem Vertrage selbst bemessen werden können. Nimmt man also auch mit Eintritt der Bedingung ein gänzliches Wiederauflösen an, so kann dieß doch nur auf das völlige Rückerwerben gehen, nicht aber auch auf Zernichtung der Folgen des Vertrages, welche dieser als solcher mit sich brachte, wie ja überhaupt ein Vernichten pro futuro noch kein Vernichten pro praeterito in sich schließt. Diese richtige Ansicht ist denn auch nach den obigen Gesetzen bei den Römern, wenigstens später, allein herrschend geworden.

---

21) Unsre Practiker geben hier zwar eine actio negotiorum gestorum utilis, aber gegen bekannte, ganz klare Gesetze, wie jetzt auch Sell a. a. O. S. 128—139 zugegeben hat, obgleich er nach allen Seiten mit tüchtigen Gründen dafür streitet, daß wegen ungebührlicher Bereicherung in der Regel eine Billigkeitsklage gegen den Bereicherten Statt findet.

Man muß hier nur noch aufmerkſam darauf ſeyn, daß keines der vorhin citirten fünf Geſetze die Frage aufwirft, durch welche Klage wohl die Hauptſache an ſich, und einzeln betrachtet, zurückgefordert werden könne? In dem erſten Fragment wird copulativ geredet von der Hauptſache, den percipirten Früchten (gleichviel ob ſie conſumirt ſind, oder nicht), und den Verſchlimmerungen, alſo mehrfach von Anſprüchen, welche ſich kein bonae fidei possessor bei der rei vindicatio braucht gefallen zu laſſen. In dem zweiten Fragment iſt wieder nur von percipirten Früchten die Rede, welche doch der bonae fidei possessor nach der Conſumtion dem Vindicanten nicht zu reſtituiren braucht, alſo in der Regel nicht zu reſtituiren hat, weil Früchte gewöhnlich bald durch eigentliches Verzehren, oder durch Veräußerung, im juriſtiſchen Sinn conſumirt zu werden pflegen. Das dritte Fragment redet wieder nur von percipirten Früchten, und von einem andern Etwas, wobei ganz und gar nur von einer Contracts-Klage die Rede ſeyn kann, nämlich von verſprochenen Vergütungen. In dem Fall des vierten Fragments ließ ſich natürlich in Beziehung auf das erwähnte Interdict keine vindicatio deſſelben denken, allein wohl eine Contracts-Klage auf Abtretung. Das fünfte Fragment endlich erwähnt nur die impensas (wahrſcheinlich des vorgelegten Falles wegen nur die necessarias), und geſtattet nicht bloß nach Grundſätzen der rei vindicatio eine Retention, ſondern auch eine Forderung der Zahlung, alſo eine Klage, unter der hier wieder nur die actio emti venditi verſtanden wird, und verſtanden werden konnte. — Warum will man bei dieſer Gelegenheit Dinge vergeſſen, welche auch ſonſt oft vorkommen? Der Verpfänder bleibt Eigenthümer ſeiner Sache, wie der Vermiether, der Commodans und der deponens. Alle haben mithin die rei vindicatio. Aber dennoch ſind ihnen Contracts-Klagen gegeben, und die Geſetze entwickeln deren Natur ſehr genau, offenbar aus dem einfachen Grunde, weil ſie ſogenannte remedia praegnantia ſind, durch die man Alles in

Allem viel leichter und umfaſſender bekommen kann, als durch die engbegrenzten dinglichen Klagen.

9) Für meine Anſicht glaubte ich immer anführen zu können:

L. 3. quib. mod. pign. solv. (20. 6.) (Ulpianus). Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset, fueritque tradita, et forte emtor, antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata.

Es ſteht damit noch in Verbindung:

L. 4. §. 3. de in diem addict. (18. 2.) (Ulpianus) Sed et Marcellus scribit, pure vendito, et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum pignori dedisset. Ex quo colligitur, quod emtor medio tempore dominus est; alioquin nec pignus teneret.

Dieſe Fragmente hat nun Rieſſer zum Zweck ſeiner Theorie ſo behandelt: das erſte ſoll bloß auf den Fall einer aufſchiebenden Bedingung bezogen werden. Weil ſich aber in dem Zweiten wegen der Worte pure vendito dieſe Vorausſetzung nicht anbringen läßt, ſo ſoll man es durch Einſchieben eines non vor desinere in die Ordnung bringen, obgleich keine Handſchrift von dieſem non Etwas weiß. Wenn ich nun auch nicht grade mit manchen Kritikern das Einſchieben oder Ausſtreichen eines non unbedingt für verwerflich erklären möchte, und nichts dagegen habe, wenn es der Zuſammenhang offenbar nothwendig macht: ſo muß ich doch hier meinem Gegner widerſtreiten. Denn in dem erſten Fragment nimmt Ulpianus die Meinung des Marcellus an, und Ulpianus war nach L. 1. de lege commissor. (18. 3.) auf der Seite Derer, welche im Zweifel eine Bedingung als auflöſende, und nicht als aufſchiebende behandelten. Dazu paßt den auch das finiri pignus. Denn während des Schwebens

einer auflöſenden Bedingung hat der, dem die Sache verſprochen ward, noch gar keine Rechte daran, alſo auch nicht das Recht, ein Pfandrecht darauf zu ertheilen. Beendigung eines Pfandrechts läßt ſich aber im eigentlichen Sinn nur denken, wo es bisher wirklich beſtanden hatte. So iſt es denn auch klar ausgeſprochen in dem zweiten Fragment, in welches das non nicht eingeſchoben werden kann, weil keine äußere Nothwendigkeit dazu treibt, und weil dadurch ein Widerſtreit mit dem erſten Fragment entſtehen würde. Nimmt man aber jene beiden Fragmente ganz ſprachgemäß, und wie ſie liegen, ſo ſind ſie für meine Anſicht völlig entſcheidend. Denn die Endigung des Pfandrechts wird bloß von der eingetretenen Bedingung abhängig gemacht, ohne daß noch hinzugeſetzt iſt, es müſſe auch die Rückgabe der Sache erfolgen, um das frühere Eigenthum wiederherzuſtellen, und damit die inzwiſchen aufgelegten Pfandrechte zu untergraben.

10) Ueber die addictio in diem haben wir folgende Entſcheidung Ulpians in:

L. 41. de R. V. (6. 1.)

Si quis hoc lege emerit, ut, si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emtione, post allatam conditionem jam non potest in rem actione uti. Sed si [22]) cui in diem addictus sit fundus, antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest, postea non poterit.

---

22) Dieſes bloße si hat Haloander wohl mit Recht dem Florentiniſchen et si vorgezogen. Man kann aber auch das Letzte beibehalten, wenn man vorausſetzt, daß hier zwei, an verſchiedenen Orten gefundene Aeußerungen verbunden ſind. Dieß ſogenannte Zuſammennähen findet ſich ausgemacht oft in den Pandekten, aber dann fehlt es auch leicht an der Cohärenz uno spiritu. In der berühmten L. 23. de R. J. (50. 17.) läßt ſich das nachhinkende: societas et rerum communio etc. auch auf dieſe Art am beſten erklären, und in der L. 41. cit. auch wohl am leichteſten das, eine Wiederholung enthaltene: postea non poterit. Man kann aber dieſe

In dieſem Fragment redet nun Ulpianus bloß von der addictio in diem, indem er dabei zwei Fälle unterſcheidet, nämlich den Zuſtand vor und nach der addictio. Für beide Fälle ſetzt er eine condictio resolutiva voraus, indem er für beide von einem dominio des Käufers redet, welches bei der aufſchiebenden Bedingung gar nicht in Frage kommen kann. Auch billigte ja, wie geſagt, Ulpianus ſelbſt den Grundſatz, daß ſtets für die auflöſende Bedingung die Vermuthung ſtreite, wozu hier noch ein beſonderes Geſetz kommt, wonach die addictio in diem nur als ein, unter einer auflöſenden Bedingung geſchloſſener Vertrag behandelt werden ſoll [23]).

Dieſem zufolge iſt nun jenes Fragment für meine Theorie wiederum ganz entſcheidend. Denn in Gemäßheit deſſelben verliert der Käufer das Eigenthum ſofort mit dem erfolgten höheren Nachgebot, ohne daß dazu noch eine Auslieferung der Sache an den Verkäufer gefordert wird. Alſo fällt damit das Eigenthum an den Verkäufer von ſelbſt zurück, wenn man nicht annehmen will, der Käufer verliere mit der addictio zwar das Eigenthum, aber der Verkäufer erwerbe es damit nicht zurück, und die Sache bleibe mithin als res nullius in der Luft hängen, zu welchem Absurdo ſich doch wohl Niemand im Ernſt entſchließen wird.

Gegen die Annahme eines ſolchen Absurdi hat ſich nun auch Rieſſer erklärt, und daneben ſehr gut die Künſteleien

---

Wiederholung auch ſonſt leicht begreifen, wenn man erwägt, daß der Verfaſſer jenes Fragments von dem Vorwurf einer gewiſſen Redſeligkeit nicht zu befreien iſt. Wäre er es hier noch etwas mehr geweſen, und hätte er geſagt: postea, uti modo diximus, non poterit, ſo würde für unſre redſeligen Juriſten Alles ganz klar ſeyn.

23) L. 2. §. 4. pro emtor. (41. 4) (Paulus): Si in diem addictio facta sit, id est, nisi quis meliorem conditionem attulerit, perfectam esse emtionem, et fructus emtoris effici, et usucapionem procedere, Julianus putabat. Alii: et hanc sub conditionem esse contractam. Ille: non contrahi, sed resolvi dicebat. Quae sententia vera est.

beſeitigt, welche ſich Andre in Beziehung auf die L. 41. cit. erlaubt haben. Allein über ſeine eigne, freilich ganz neue Erklärung, möchte ich ausſprechen: incedit per ignes suppositos cineri doloso, und noch mehr als dieß! Er will nämlich zuvörderſt, daß die L. 41. cit. ein Ausſchnittling ſey, vor dem im Urtext unmittelbar vorher in einer, nun verloren gegangenen Stelle bloß über die Rechte des Verkäufers eine Erörterung Statt gefunden habe, auf welchen Verkäufer man nun auch bloß dasjenige zu beziehen habe, was uns in der L. 41. cit. erhalten ſey. Man müſſe alſo darin den erſten Satz von: si quis hac lege emerit — non potest in rem actione uti ſo überſetzen:

> Hat Einer von ihm unter einer Reſolutiv-Bedingung gekauft, ſo hat er (d. h. der Verkäufer) keineswegs nach erfüllter Bedingung eine dingliche Klage.

Damit kommt nun freilich eben Dasjenige heraus, was Rieſſer haben will; aber gewiß nicht auf dem graden Wege. Denn wie das Fragment vor uns liegt, geht offenbar das: non poterit auf den vorhin genannten Käufer (qui emerit). Noch gewaltſamer ſcheint es mir, wenn Rieſſer den zweiten Theil des Fragments von: sed si cui — postea non poterit, bloß auf den Fall einer Suspenſiv-Bedingung beziehen, und nun ſo überſetzen will:

> Iſt die addictio eine wahre (d. h. aufſchiebende) Bedingung, ſo kann ſich der Verkäufer ſo lange der Vindication bedienen, bis der Käufer ſich zur Erfüllung des beſſeren Gebotes bereit erklärt; dann aber geht ſie auf den Käufer über.

Daß dieß nun aber wieder gewaltſam iſt, fällt von ſelbſt in die Augen. Denn jener zweite, ganz ſelbſtſtändige Theil nennt im Anfange als Subject den Käufer (sed si cui fundus addictus), alſo kann das, ohne alle Zwiſchenſätze folgende potest nur auf den Käufer gehen. Und wie kann man hier an eine Suſpenſiv-Bedingung denken, da der Verfaſſer

des Fragments auch nicht entfernt darauf hindeutet, wie er doch hätte thun müſſen, da er ſelbſt annahm, daß im Zweifel für die auflöſende Bedingung die Vermuthung ſtreite, und da wir nach dem Obigen [24]) ein beſtimmtes Geſetz dafür haben, daß namentlich die addictio in diem als ein Reſolutiv-Vertrag behandelt werden ſolle? Eben deswegen kann hier denn auch das Wort adjectio (ſtatt deſſen Haloander mit Vulgat-Manuſcripten noch wohl beſſer addictio hat) gar nicht in dem, von Rieſſer behaupteten Sinn genommen werden, während Alles in der Ordnung iſt, wenn man es in dem Sinn nimmt: ein höheres Nachgebot eines Dritten; wobei es denn in Beziehung auf die vorgelegte Frage unbedeutend war, daß, wenn das Nachgebot eines Dritten erfolgt (denn ohne dieß wird wohl der Käufer von ſelbſt an kein adjicere denken), dem Käufer eine Art von Verkaufrecht zuſteht, ſofern er ſelbſt durch adjicere ſich das Gebot Andrer aneignet.

11) In Betreff der gewöhnlichen Formel der addictio in diem erzählt uns Paulus in L. 1. de in diem addict. (18. 2.) dieß:

> In diem addictio ita fit: ille fundus centum esto tibi emtus, nisi quis intra Kalendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res a domino abeat.

Rieſſer will dieß Geſetz nun wieder bloß auf die Suſpenſiv-Bedingung beziehen. Allein es kann dieß ſchon deswegen nicht geſchehen, weil es nur die herkömmliche Formel der addictio in diem angibt, und weil wir von Paulus ſelbſt die Erklärung haben, daß die addictio in diem im Zweifel als Reſolutiv-Vertrag zu behandeln ſey [25]). Es war dieß auch eben jener Formel wegen ganz nothwendig. Denn auflöſend iſt eine Bedingung gewiß, wenn es heißt: tunc inem-

24) S. die vorige Note.
25) S. Note 23.

tus esto. Sage ich umgekehrt: emtus tibi esto *nisi* hoc factum sit, ſo iſt dieß ganz und gar daſſelbe, wie wir ja auch ſagen würden, daß es einerlei ſey, ob ich ſage: bis dahin ſollſt Du etwas haben, oder: von da an ſollſt Du es nicht mehr haben. Das: quo res a domino abeat wird ja auch an die allata melior conditio angereihet, kann alſo auch nur darauf gehen, daß damit der Käufer das Eigenthum wieder verlieren ſolle. Jenes: a domino abeat, iſt aber mehr für meine, als für die entgegengeſetzte Theorie, weil das abire als unmittelbare Folge der allata melior conditio erwähnt wird, mithin, wenn man hier dem Buchſtaben der Formel ſein Recht wiederfahren läßt, eine noch hinzuzufügende Rückgabe zu dem abire des Eigenthums nicht verlangt werden kann. Wenn übrigens Rieſſer im Anfange der L. 9. de aquae et aquae pluv. (39. 3.), — welche aber unſre Frage nicht entſcheidet — auch wieder mit einer Suſpenſiv-Bedingung in Verbindung bringen will, ſo muß ich mich aus den, vorhin mehrmals angeführten Gründen ganz dagegen erklären.

Uebrigens kann man für unſre Hauptfrage auch noch Etwas aus der Lehre von der mortis caussa donatio anführen, wie es Rieſſer gethan hat, ohne daß daraus das Geringſte gegen die von mir vertheidigte Theorie folgt. Obgleich nämlich angenommen war, daß bei der Schenkung auf den Todesfall das Eigenthum vorläufig übertragen, oder nicht übertragen werden könne [26]), ſo ward dennoch von den Caſſianern, und auch von Paulus, der Satz angenommen, daß es im erſten Fall keine vindicatio, ſondern nur eine condictio auf Rücklieferung gebe [27]). Es begreift ſich dieß wohl, da die gewöhnliche Formel einer ſolchen Schenkung auf ein: *reddatur*, ging [28]), woraus nach meinen obigen Bemerkungen nur

26) L. 2. de m. c. don. (39. 6.)
27) L. 35. §. 3. L. 39. ibid.
28) L. 13. L. 18. pr. §. 2. L. 35. §. 4. ibid.

eine condictio entstehen kann. Allein Ulpianus macht den Zusatz (welcher nun als solcher befolgt werden muß), daß für den Fall eines verabredeten reddere auch eine vindicatio utilis zu gestatten sey [29]). Welche Gründe ihn veranlaßten, diese unjuristische Mischung zu billigen, wissen wir durchaus nicht; aber sie läßt sich bei ihm an sich sehr gut begreifen, da er eine besondre Neigung zur Milde und zum Verbinden widerstreitender Meinungen hatte.

Auf allen Fall ist jener Zusatz der, von mir vertheidigten Theorie eher vortheilhaft, als nachtheilig. Denn wenn selbst in dem Fall eines verabredeten reddere eine vindicatio Statt finden soll, so muß sie noch um so mehr zugelassen werden, wenn durch Verabredung einer auflösenden Bedingung ausgesprochen ist, daß nach Eintritt derselben das Hauptgeschäft als gar nicht vorhanden angesehen, oder ganz wieder aufgelöst werden solle.

Nachschrift.

Nachdem ich diese Abhandlung vollendet hatte, fand ich in W. Müller civilistische Abhandlungen. 1. Theil. Gießen 1833. nr. 7. einen Aufsatz über widerrufliches Eigenthum, ganz gegen Riesser's Abhandlung gerichtet, und im Wesentlichen mit Allem übereinstimmend, was ich vorhin entwickelt habe. Der talentvolle Verfasser hat natürlich mehrfach seine eignen Wendungen und Constructionen, die ich zur Vergleichung mit den meinigen dem Urtheil der Leser überlassen will, weil wir beide in den Haupt-Resultaten zusammentreffen. Indeß muß ich mich über zwei Punkte gegen Müller erklären, und zwar über diese:

A. Daß Er die Worte: quia recidere jus solidum ad eum potest in L. 9. in f. de aqua et aqu. pluv (.39 3.) da-

---

29) L. 29. 30. ibid.

hin verſteht, als ob ſie von dem Rückfall des Eigenthums nach eingetretener auflöſender Bedingung redeten. Sie gehen aber gewiß nur auf die Conſolidation, wegen deren es dem Herrn der dienenden Sache (er mag ſie reſolubel beſitzen, oder nicht) keineswegs einerlei ſeyn kann, ob bei einer Perſonal-Servitut der Inhaber derſelben X. oder Z. iſt. Dieß hat ſchon Cujacius außer Zweifel geſetzt [30].

B. Mit Rückſicht auf die, oben unter No. III. 8. angeführten Geſetze behauptet Müller, daß der Verkäufer nach Eintritt der auflöſenden Bedingung die, vorher vom Käufer percipirten, noch vorhandenen Früchte nicht vindiciren, ſondern nur durch eine Perſonal-Klage einfordern könne, weil ſie ja niemals ſein Eigenthum geweſen ſeyen, und weil ſie der Käufer interimiſtiſch suo jure erworben habe. Auf allen Fall kann ich dieß nun nicht zugeben in Betreff der Früchte, welche zur Zeit des Verkaufs pendentes, alſo im Eigenthum des Verkäufers waren, und während des Schwebens der Bedingung vom Käufer percipirt wurden. Allein auch wegen der übrigen percipirten, noch vorhandenen Früchte (wenn ſie nicht collectiv mit andern Früchten gefordert werden, worauf es nur eine Perſonal-Klage geben kann) ſcheint es mir ſehr natürlich, wenn man wegen ihrer dem Verkäufer eine Vindication geſtattet, weil die Geſetze nun einmal allgemein den Satz annehmen, daß nach Eintritt der auflöſenden Bedingung das Geſchäft als nicht geſchloſſen angeſehen werden ſolle. Deswegen muß man den Käufer durch eine Art von Fiction behandeln, als ob er interim nicht Eigenthümer geweſen wäre, und ſo kommt er von ſelbſt unter die Grundſätze über den bonae fidei possessor, wiewohl daneben auch noch der aufgelöſte Vertrag in Betreff perſönlicher Pflichten mehrfach nachwirkt, wie ſchon oben gezeigt iſt.

30) in lib. XLIX. Pauli ad edictum, ad L. 2. cit. (in opp. Tom. V. p. 670. 671.).